

LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS

SOCIAL RIGHTS AS LEGAL RIGHTS

RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Universidad de Barcelona

Fecha de recepción: 30-12-09

Fecha de aceptación: 19-1-10

Resumen: *Las diferencias axiológicas y técnico-jurídicas entre derechos liberales y derechos sociales, unas diferencias que supuestamente impedían la configuración de los derechos sociales como genuinos derechos fundamentales, han sido cuestionadas con éxito en los últimos años. En estas condiciones, ¿debemos seguir manteniendo la categoría de los derechos sociales? En este artículo sostengo que sí, porque poseen otros elementos característicos. El más relevante es que designan estados de cosas que se han realizado socialmente en menor medida que los que designan los derechos liberales. Esta mayor “distancia deóntica” de los derechos sociales tiene como principal efecto jurídico la menor capacidad de los derechos sociales para configurarse como derechos subjetivos, y el consiguiente perjuicio que sufren cuando se opta por dar la forma de derechos subjetivos a los fines supremos de una comunidad política y de su sistema jurídico.*

Abstract: *The axiological and legal differences between liberal rights and social rights have been successfully questioned during the last years, thus overcoming the reasons that would prevent social rights from being settled as fundamental rights. If this is so, should we keep on using the category of “social rights”? In this article, I defend that we should preserve that category because these rights possess other specific features. The most significant one is that they point to states of things that have been implemented in a shorter measure than the ones pointed by liberal rights. The main legal effect of this longer “deontic distance” of social rights is their lesser ability to become legal rights, and the subsequent damage that they suffer when we give the form of legal rights to the supreme ends of a political community and of its legal system.*

Palabras clave: derechos sociales, derecho subjetivo, justiciabilidad, mercantilización.
Keywords: social rights, legal right, justiciability, mercantilization.

1. UNA CATEGORÍA EVANESCENTE Y UNA INTUICIÓN PERSISTENTE

En los últimos tiempos, una línea de defensa de los derechos sociales en sede académica ha sido la de cuestionar los caracteres que se habían venido atribuyendo a tales derechos. No es de extrañar, porque esos caracteres han sido invocados de forma reiterada para poner en duda que los derechos sociales puedan ser derechos fundamentales genuinos; por eso, negar la caracterización tradicional de los derechos sociales es una forma de defenderlos. El resultado de esta operación ha sido la disolución de las diferencias entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, bien sea por la vía de negar los rasgos de los derechos sociales que los inhabilitarían para constituirse en derechos fundamentales, bien sea por la vía de hacer ver que los rasgos supuestamente específicos de los derechos sociales no son en realidad específicos, sino que son predicables de todos los derechos fundamentales en general. De uno u otro modo se dibuja una imagen de los derechos fundamentales como conjunto unitario en el que no se encuentran razones para desgajar la rama de los derechos sociales.

La operación ha tenido lugar en dos terrenos, el de la técnica jurídica y el de la ética. En el primero, que es del que me ocupo en este trabajo, el empeño ha consistido en mostrar que nada hay en los derechos sociales que los diferencie de los demás derechos fundamentales en lo que atañe a su estructura y funcionamiento y, por tanto, nada hay que impida su configuración como derechos subjetivos y su consiguiente protección jurisdiccional. En particular, se ha mostrado que los derechos sociales no pueden ser definidos, frente a los demás derechos fundamentales, por su carácter particular, ni relativo, ni *prima facie*, ni alienable, ni positivo, ni prestacional, ni costoso, ni programático, ni vago, ni indeterminado, ni colectivo¹. Como he dicho ya,

¹ A. RUIZ MIGUEL, "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa*, núm. 15-16, vol. I, 1994, pp. 651-674; V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, cap. 1; M. J. AÑON y J. GARCÍA AÑÓN (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 61 ss.; P. DE LORA, *Memoria y frontera: el desafío de los derechos humanos*, Alianza, Madrid, 2006, pp. 153 ss.; L. L. HIERRO, "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy", en R. ALEXY y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 163-222; G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 59 ss.; J. A. CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, cap. 3; J. L. REY, "La naturaleza de los derechos sociales", *Derechos y libertades*, núm. 16, 2007, pp. 137-156;



en algunos casos estos caracteres no son propios de los derechos sociales y en otros casos, siéndolo, lo son también de los demás derechos fundamentales. Por otra parte, en el plano de la ética, se ha tratado de mostrar o bien que los valores a los que sirven los derechos sociales son los mismos a los que sirven los demás derechos fundamentales, o bien que los valores a los que sirven los derechos sociales, siendo distintos (la igualdad, la solidaridad o la libertad *fáctica*), son tan importantes como los que sirven los demás derechos fundamentales. A mi juicio, la tesis correcta es la primera, porque todos los derechos fundamentales sirven al valor único y unitario de la libertad, entendida como capacidad para la autonomía o autodeterminación².

Si esto es así, cabe pensar que nos hallamos ante una categoría que se desvanece, porque no subsiste rasgo típico alguno que caracterice a los derechos sociales; por el contrario, sus rasgos relevantes son compartidos también por los demás derechos fundamentales. Desde luego, podrían subsistir diferencias jurídico-positivas derivadas del modo en que las constituciones reconocen los derechos, pero estas diferencias se verían privadas de toda justificación técnica y axiológica, esto es, perderían su legitimidad y, cabe pensar, deberían ser expulsadas de la Constitución mediante la correspondiente reforma o, cuando menos, limadas por los intérpretes de la misma. En estas condiciones, parece que no tiene sentido seguir manteniendo la categoría de los derechos sociales, salvo quizá como denominación tradicional para cierto grupo de derechos (educación, trabajo y asistencia; y cualesquiera otros derivados de ellos o asociados con ellos), un grupo de derechos que no se definiría por género y especie, sino por extensión o, acaso, históricamente, como el grupo de derechos vinculados con cierto momento de la historia constitucional y de los movimientos político-sociales³. En cambio, des-

T. AUSÍN, "Tomando en serio los derechos de bienestar", *Enrahonar*, núm. 40/41, 2008, pp. 83-98; C. M. HERRERA, *Les droits sociaux*, PUF, París, 2009, cap. I; F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en V. ZAPATERO e I. GARRIDO (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá de Henares, 2009; entre otros trabajos que siguen esta misma línea, y a los que me remito para los que deseen un análisis más detallado de esta caracteriología crítica.

² He defendido esta tesis en "Libertad y derechos sociales", en G. ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2010 (en prensa); y en "Derechos sociales e igualdad", en VARIOS, *Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 293-375.

³ Es la tesis de G. PISARELLO, "Concepciones liberales y socialistas de los derechos sociales", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXIV, 2007, p. 508.

de el punto de vista de la teoría del derecho y de la filosofía política, los derechos sociales dejarían de existir como tales, porque nada distinto podríamos encontrar en ellos.

Sin embargo, la categoría, o por lo menos su nombre, se resiste a desaparecer. Quizá sea sólo por la fuerza de la costumbre y de las ideas tradicionales, y acaso así se explique el que parece principal efecto de su pervivencia: la renuencia liberal a aceptar precisamente esos derechos en pie de igualdad con los demás. Aunque también podría ser que esa renuencia sea el signo de que algo tienen que tener en común esos derechos, algo que los caracteriza como grupo y los diferencia de los demás. La intuición de que los derechos sociales son distintos subsiste siquiera sólo por esto; pero también porque su ignorancia, olvido o desprecio no afecta a todos los miembros de la comunidad por igual y porque los hipotéticos efectos de su pleno reconocimiento parecen discrepar del orden económico y jurídico vigente de una manera radical en que no lo hacen los efectos del reconocimiento de los demás derechos fundamentales. Por eso creo que esta intuición debe ser explorada.

A mi juicio, y generalizando, esa literatura crítica que he mencionado acierta en que, según como se configuren (y esta condición ya veremos que es importante), los derechos sociales son como los demás derechos fundamentales. Sin embargo, es posible que en su empeño por acreditar el estatuto jurídico y axiológico de los derechos sociales, esa literatura haya dejado de lado, o subestimado, elementos relevantes que hicieran en efecto diferentes a estos derechos. En realidad, lo que se ha venido haciendo es cuestionar lo que de específico puedan tener los derechos sociales de cara a eliminar los obstáculos de su reconocimiento como derechos subjetivos, sin que de ordinario se llegue a dar el paso de negar toda diferencia⁴. Lo que me pregunto es si este paso sigue necesariamente al anterior o si, en cambio, hay que seguir prestando atención a otros rasgos de los derechos sociales que los convierten en derechos diferentes en algún sentido importante. Creo, en efecto, que los derechos sociales son diferentes de los demás y que ignorar esta diferencia puede llevar a desnaturalizarlos, perjudicando su causa y la de los derechos fundamentales en general. Los derechos sociales tienen hoy una

⁴ Aunque no falta quien, lógicamente, ha propuesto “dejar de utilizar el adjetivo ‘sociales’ y hablar simplemente de derechos fundamentales”, con la intención “de responder a las teorías devaluadas de los derechos y de tomárselos en serio” (F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, cit.).



fuerza emancipadora distinta y mayor de la que pueden tener los demás derechos fundamentales, y esta fuerza queda debilitada si se ignora su especial condición. Reforzar los derechos sociales por la vía de remarcar sus semejanzas con los demás derechos fundamentales es necesario y conveniente, pero puede y debe hacerse sin ignorar su peculiaridad.

2. LA DIFERENCIA ESPECÍFICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

La diferencia específica de los derechos sociales que quiero proponer y analizar aquí es ésta: los derechos sociales expresan estados ideales de las cosas alejados de la realidad en mayor medida que los demás derechos fundamentales. Este mayor alejamiento los caracteriza y los diferencia, y de él se siguen consecuencias jurídicas y políticas importantes. Intentaré aclarar y precisar el significado de la distinción y desgranar las consecuencias, con atención especial a la menor capacidad de los derechos sociales para configurarse como derechos subjetivos.

Toda norma expresa un estado de cosas ideal y, por tanto, distinto en algún grado del estado de cosas existente en la materia regulada por la norma. Esta distancia entre el ideal y la realidad es propio de toda norma regulativa, sea regla, principio o valor, sea moral, jurídica o de otro tipo⁵. Por supuesto, la distancia existente entre el ideal y la realidad puede ser muy distinta en unos y otros casos y la expresa el grado de “eficacia” de la norma: cuanto más eficaz es la norma, más corta es esa distancia. Del mismo modo, todo derecho fundamental, en tanto contenido de una norma o conjunto de normas, expresa un estado de cosas ideal y distinto de la realidad. Esto es así desde un punto de vista lógico; además, en el caso de los derechos fundamentales, esta distancia deóntica y su reducción es muy significativa de su historia. Desde sus inicios, la idea de los derechos fundamentales, bajo distintos nombres, se ha constituido en expediente legitimador de todo tipo de cambios políticos y jurídicos, desde los procesos revolucionarios de finales del siglo XVIII en adelante. Su función de legitimación se observa en esa distancia crítica que establece el ideal con respecto a la realidad, justificando

⁵ Ferrajoli usa la expresión “diferencia (o divergencia) deóntica entre vigencia y eficacia”. L. FERRAJOLI, “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en L. FERRAJOLI y otros, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, p. 48; una referencia más clásica es H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1986, I, p. 4.

todo cambio que acerque la segunda al primero, reduciendo la distancia que los separa. Así sucede con cada uno de los derechos fundamentales; además, el conjunto de todos ellos puede concebirse como un proyecto global de comunidad política, y el grado de legitimidad o de justicia de una comunidad política vendrá expresado por su capacidad para realizar en mayor medida ese proyecto. Sólo así puede entenderse la tremenda fuerza retórica que los derechos fundamentales han mostrado a lo largo de su historia y hasta hoy: sólo porque expresan las condiciones de una comunidad ideal han podido constituirse en criterio máximo de la legitimidad política. La ubicación de estos derechos en la cúspide de los sistemas constitucionales no es sino la expresión en términos jurídicos de esa supremacía ético-política. Luego esa idealidad lógica de toda norma adquiere un particular significado histórico en el caso de los derechos fundamentales.

Desde este punto de vista, lo que caracteriza a los derechos sociales es que la distancia o divergencia deóntica es mucho mayor en su caso que en el de los derechos liberales⁶. La diferencia entre unos y otros derechos es, por tanto, gradual y coyuntural. Es gradual porque la realidad puede acercarse más o menos al estado de cosas ideal expresado por un derecho y aquí sólo se afirma que esa distancia es mayor en el caso de los derechos sociales, sin que pueda precisarse cuánto mayor, porque ello dependerá del derecho concreto y de la comunidad política de que se trate. Por eso, también es una diferencia coyuntural, porque depende del lugar y del momento y cambia con las circunstancias.

Por tanto, bien puede darse el caso de que en cierta comunidad política la distancia deóntica que expresan los derechos sociales no sea mayor que la que expresan los derechos liberales, un caso en el que la categoría devendría inútil por carente de significado. En cambio, creo que la categoría es pertinente en el contexto de las comunidades políticas liberales, en las que, como regla, los ideales expresados por los derechos sociales tradicionales muestran un grado de realización significativamente menor que los ideales expresados por los derechos liberales. Eso sí, es posible que en este contexto algunos derechos tradicionalmente considerados como liberales hayan de

⁶ Llamo así, para simplificar y como también hacen otros autores, a los derechos fundamentales no sociales, los que también suelen denominarse con mayor o igual imprecisión "derechos civiles y políticos", y lo hago porque son típicos de toda comunidad política liberal y aceptados sin problemas por cualquier ideología liberal. No obstante, he sido criticado por ello: G. PISARELLO, "Concepciones liberales y socialistas de los derechos sociales", cit., p. 507.



ser reclasificados como sociales, porque la distancia deóntica que expresan sea tan grande como la de los derechos sociales típicos.

Esta diferencia específica puede ser objetada o matizada. Además, incluso si es admitida en sus propios términos, puede aducirse que no es la única ni la más importante. No obstante, razones de espacio y de fluidez narrativa aconsejan dejar de lado ahora el análisis de tales objeciones y matices y la consideración de otras posibles diferencias para proseguir con el argumento. Y el argumento requiere que se precise el alcance o contenido de los derechos estimados habitualmente como sociales.

3. EL ALCANCE DE LOS DERECHOS SOCIALES

Por comparación con la realidad de nuestras comunidades políticas, ¿cómo puede establecerse que las exigencias no satisfechas de los derechos sociales son mayores que las de los derechos liberales? ¿Hasta qué punto? Podemos responder a estas preguntas a través de una remisión al concepto general de los derechos fundamentales. Todo derecho de este tipo supone (1) la designación comunitaria de un bien como particularmente importante por estar conectado con el ideal de la vida libre (ahora no hace falta precisar más este ideal)⁷; y (2) la distribución igualitaria de ese bien entre todos los ciudadanos, en la medida en que a todos ellos se les supone capaces de realizar dicho ideal, una igual capacidad que es expresada por el concepto de la dignidad humana⁸. Por eso, cuando de bienes asociados con derechos fun-

⁷ La palabra “bien” se usa aquí en un sentido amplio; por ejemplo, el hecho de no ser torturado o de poder elegir a los gobernantes son en este sentido “bienes”.

⁸ Obsérvese que aquí se presupone una definición material o sustancial de los derechos fundamentales, distinta de la más extendida en la dogmática constitucional, de carácter puramente formal o estructural, como también lo es la propuesta por Luigi Ferrajoli, discutida con amplitud en los últimos años (L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales” en Id., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 37; y L. FERRAJOLI y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, para su discusión). No es mi intención analizar las bondades de una definición de uno u otro tipo, pero tampoco quiero renunciar al uso del término y optar por uno más *blando* como parece ser hoy el de “derechos humanos” o por uno más *antiguo* como es el de “derechos naturales” o “derechos del hombre”. Además, el concepto que propongo es un concepto normativo que permite evaluar el modo en que los derechos fundamentales son efectivamente reconocidos por el derecho constitucional; no debe confundirse con cualquier concepto de derechos fundamentales que sea propio de la dogmática constitucional.

damentales se trata, el criterio de distribución es el de la ciudadanía, entendida como categoría incluyente de todos los miembros de una comunidad política (dejo de lado la espinosa cuestión de la extranjería porque no es relevante a estos efectos; podemos suponer la situación ideal en la que todos los residentes habituales en el territorio de la comunidad política gozan de la ciudadanía, y en la que gran parte de los derechos fundamentales se atribuyen también a los extranjeros, que son, a estos efectos, *ciudadanos*, es decir, miembros de la comunidad siquiera sea sólo ocasionalmente). Los derechos fundamentales se disfrutan por sus titulares en tanto que ciudadanos y, por tanto, se tiene acceso a los bienes relevantes para la vida libre en igualdad de condiciones o en porciones iguales⁹. El correlato de esta idea básica es que la asignación de estos bienes no puede realizarse mediante otros mecanismos que generen un reparto desigual¹⁰. De este modo, los bienes asociados con los derechos fundamentales quedan sustraídos del mercado, que es el típico mecanismo de reparto alternativo al de la ciudadanía y que genera resultados desiguales al menos porque desigual es el reparto de la propiedad, que es la que determina la posición inicial de acceso al mercado¹¹. Desde luego, la libertad religiosa no se compra ni se vende, como tampoco el derecho a no ser torturado, ni ha de pagarse cantidad alguna por ejercer el voto. Ésta es la regla general en materia de derechos fundamentales, que deriva de su propio concepto.

Pues bien: si los derechos sociales son derechos fundamentales, han de responder a esa misma lógica de la ciudadanía, generando un reparto igualitario de los bienes vinculados con ellos. Sin embargo, la desmercantilización que ha afectado a la mayoría de los bienes asociados con los derechos liberales no ha tenido lugar en el caso de los bienes asociados con los derechos sociales,

⁹ La “igual libertad para todos los individuos” se ha calificado de “engañoso fórmula liberal” (T. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, PUV, Valencia, 2006, p. 36). Desde luego, la fórmula puede ser engañosa si se malinterpreta, pero, en sus propios términos y cuando se interpreta correctamente, la considero una fórmula muy adecuada para describir el objetivo unitario de los derechos fundamentales. Sin embargo, concuerdo con el análisis crítico de ciertas interpretaciones liberales de la fórmula que lleva a cabo la autora.

¹⁰ Véase F. ATRIA, *Mercado y ciudadanía en la educación*, Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2007, cap. IV, para una descripción de la doble lógica distributiva mencionada en el título y su aplicación al caso de la educación. He reseñado este libro en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 375-382.

¹¹ O, por lo menos, genera resultados impredecibles, pues en otro caso el mercado no sería libre (F. HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2006, cap. II).



de manera que en nuestras comunidades podemos comprar y vender educación, asistencia y trabajo de acuerdo con nuestra capacidad económica. Para que el ideal de un derecho fundamental se realice, el bien asociado con él ha de salir del mercado y pasar a integrar el estatus de ciudadanía; como no es el caso de los derechos sociales, resulta evidente que no pueden verse realizados en una medida equivalente a los derechos liberales. Así las cosas, no nos cobrarán por entrar en un colegio electoral, pero sí por hacerlo en una escuela privada; no nos cobrarán por dejar nuestro cuerpo en paz en las comisarías o en las cárceles, pero sí por ingresar en una residencia geriátrica; no nos cobrarán por pasear libremente, pero sí por disponer de una vivienda; y las condiciones de nuestro trabajo dependerán en su mayor parte de la voluntad de otras personas y no de acuerdos políticos generales¹².

Cuál sea la razón de ser de esta distinta configuración de unos y otros derechos no es cosa del todo clara. Puede ser el caso de que no se niegue que los derechos sociales son derechos fundamentales, pero entonces no se entiende que no se les someta a un estricto régimen de ciudadanía, como a casi todos los demás (las excepciones, como el derecho a la asistencia letrada, pueden ser tratadas, en este punto, como sometidas al mismo extraño régimen de los derechos sociales); puede ser el caso de que se niegue que los derechos sociales son derechos fundamentales, y entonces se puede entender que se permita someter esos bienes al régimen mercantil, pero aquí lo que sorprende es la negación misma, porque todo el mundo parece creer que la educación, la asistencia o el trabajo figuran entre los bienes indispensables para llevar una vida libre (o, si se quiere, una vida buena, que para los humanos es lo mismo); o puede ser el caso de que se niegue que los derechos fundamentales expresan el ideal de esa vida libre, y entonces no haya mayores problemas en excluir de ellos a los derechos sociales, pero entonces no se entiende que se otorgue tanta relevancia jurídica y axiológica a un ideal que

¹² Esta subsidiariedad de los derechos sociales respecto del mercado es tan relevante que puede llegar a considerarse el criterio definitorio de los mismos, como parece ser el caso en la teoría de Alexy (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 482; véase también R. ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005, caps. I-III). La comparación del criterio que propongo en este trabajo con otros como el de Alexy/Arango o el de Abramovich/Courtis (según el cual, unos y otros derechos responden a paradigmas jurídicos diferentes que operan simultáneamente en los sistemas jurídicos contemporáneos: el paradigma del derecho privado clásico y el del derecho social; V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 47 ss.) habrá de quedar para otra ocasión.



es compatible con la pobreza, la ignorancia o el desamparo de la mayoría; es decir, en esas condiciones no parece razonable creer que la garantía de los derechos fundamentales sea el máximo criterio de legitimidad política¹³.

Otra posible explicación del que podemos llamar el misterio de los derechos sociales es que el alcance de estos derechos no sea, como he supuesto, el que resulte de un reparto igualitario de los bienes correspondientes, que dé lugar a cuotas máximas de disfrute de los mismos, sino sólo un cierto nivel mínimo. Pensemos, por ejemplo, en el derecho a la educación, que, por cierto, pertenece al grupo de derechos más protegido por nuestra constitución, o grupo de derechos fundamentales en el sentido más estricto. Uno podría suponer, a partir del concepto general de los derechos fundamentales, que tal derecho exige la distribución igualitaria de la educación, garantizándose así, para todos, la mejor educación disponible. Y, sin embargo, muchos creen que el alcance del derecho fundamental a la educación es otro mucho menor, a saber, un cierto nivel y calidad mínimos de educación para todos, que es compatible con diferencias derivadas de la posibilidad de comprar educación en el mercado. A salvo de aclaraciones posteriores, resulta difícil comprenderlo, puesto que, si la educación es realmente tan importante como para constituir un derecho fundamental, ¿cómo es que sólo se garantiza en un nivel mínimo (sea el que sea) y no al máximo nivel disponible? ¿Es acaso que sólo se considera tan importante un cierto nivel educativo? ¿No es esto contradictorio con la importancia que la gente atribuye a la educación en todo su alcance? Por tanto, ¿cómo es que se permiten diferencias derivadas del tráfico mercantil de servicios educativos? Y lo mismo puede aplicarse a los demás derechos sociales. A mi juicio, la atribución a los derechos sociales de un contenido mínimo es inconsistente con la idea de los derechos fundamentales y, si tiene alguna posible justificación en el seno de una dogmática constitucional, no creo que la tenga fuera de ella¹⁴.

En todo caso, ya tenemos la respuesta que buscábamos: las exigencias no satisfechas de los derechos sociales son mucho mayores que las de los de-

¹³ Véase J. GRAY, *Las dos caras del liberalismo*, Paidós, Barcelona, 2001, cap. 4, para una concepción de los derechos fundamentales como un mínimo de legitimidad, compatibles por tanto con altos niveles de injusticia.

¹⁴ No obstante, buena parte de la literatura académica sobre la materia trata precisamente de justificar derechos sociales mínimos, y nada más que eso. Un ejemplo es C. FABRE, *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000. Otro es J. L. REY, "La naturaleza de los derechos sociales", cit.



rechos liberales cuando menos porque los bienes asociados con los mismos no se han desmercantilizado por completo, dando lugar a un reparto desigual que los derechos sociales, mínimos y subsidiarios respecto del mercado, no pueden remediar sino sólo moderar. Y esta diferencia entre unos y otros derechos llega hasta el punto que marca el nivel de la desigualdad producida en ese reparto, que viene determinada, en principio, por la desigualdad en el reparto de los derechos de propiedad. Júzguese cuál es esta desigualdad y se tendrá un criterio aproximado para determinar la desigualdad en el disfrute de los bienes asociados con los derechos sociales y, por tanto, un criterio para determinar hasta qué punto es mayor la divergencia deóntica de los derechos sociales respecto de la de los derechos liberales.

Evitar esta diferencia entre unos y otros derechos requeriría actuar sobre las causas ya reseñadas de la misma, esto es, habría que limitar la libertad de mercado para que su alcance no llegase hasta los bienes vinculados con los derechos sociales, que quedarían sujetos a un régimen de provisión estrictamente ciudadano o, al menos, habría que igualar el reparto de los derechos de propiedad (rentas incluidas) para que el acceso al mercado se produjese en condiciones igualitarias. Ambas instituciones, libertad de mercado y propiedad, son derechos fundamentales (aunque de segundo orden en el caso de la Constitución española) pero, sobre todo, son pilares básicos de las comunidades liberales y bases principales de la dominación social de unos ciudadanos sobre otros, a través de la vía del régimen mercantil a que está sometido el trabajo o de la vía de la perpetuación de la desigualdad que supone la educación privada de calidad. Siendo así, tomando conciencia de la envergadura de los cambios necesarios para reducir la divergencia deóntica de los derechos sociales, podemos comprender que, si bien la diferencia entre derechos sociales y liberales es coyuntural en tanto que dependiente de la particular ordenación de una comunidad política, se trata de una coyuntura ciertamente sólida y difícil de modificar, una coyuntura a la que llamamos estructura. No es sólo un juego de palabras: la diferencia entre unos y otros derechos no atañe a su arquitectura jurídica ni a sus fundamentos axiológicos, y es coyuntural porque depende de factores ajenos a los derechos que podrían ser distintos de cómo son; pero esos factores ajenos están sólidamente anclados en la estructura social y económica de nuestras comunidades políticas. Por eso, quizá deberíamos considerar si los derechos fundamentales están realmente situados en el punto más alto de nuestros siste-

mas jurídicos o si, más bien, ese lugar lo ocupan la propiedad privada y la libertad de mercado, definitivas del “orden público” intangible de una comunidad donde la libertad de las personas ha de ser por fuerza desigual¹⁵.

Por el contrario, los derechos liberales parecen convivir más o menos bien con esas dos instituciones, desde luego mejor que los derechos sociales. Ello no se debe a rasgo intrínseco alguno de los derechos liberales, sino a que la restricción de la desigualdad social generada y sostenida por la propiedad y la libertad de mercado ha tenido ya lugar y está bien asentada en lo que toca a los derechos liberales (eso sí, como dije, con llamativas excepciones como la del derecho a la asistencia letrada y, si se mira bien, la del derecho a la libertad de expresión). No debe olvidarse que los derechos liberales, como todos los demás derechos fundamentales, generan libertad igual para todos, pero no una libertad formal como se la califica a veces, con intención crítica, sino una libertad real, porque los miembros de la comunidad son realmente más libres cuando gozan de los derechos civiles y políticos. Y esta libertad igualmente distribuida que ofrecen los derechos civiles y políticos ha sido alcanzada, entre otras cosas, mediante la correspondiente restricción de la libertad de mercado y mediante una cierta igualación de las propiedades. Recuérdese que hubo un día en que los derechos políticos tenían un precio (en los tiempos del sufragio censitario), que la seguridad personal dependía de los medios de cada cual en mayor medida que ahora, o que el acceso a los tribunales, del que depende en buena parte nuestra capacidad para defender nuestros derechos, era mucho más costoso¹⁶. Esto no significa que los derechos liberales no pudieran funcionar aún mejor en condiciones sociales más igualitarias, pero sí que podrían funcionar mucho peor si ampliásemos el rango de lo que se puede comprar, reduciendo el alcance del estatuto de ciudadanía.

Por tanto, demos por buena la propuesta de distinción entre los derechos sociales y los derechos liberales, una vez que somos conscientes de la muy distinta consideración que merecen en las comunidades liberales. Ahora la cuestión es determinar si esa diferencia, que he calificado como coyuntural y como gradual, tiene efectos jurídicos precisos, y cuáles son. Como ya anticipé, en efecto los tiene, y derivan de aquí: cuánto más alejado de la realidad es un estado de cosas, tanto más difícil resulta ponerlo en práctica me-

¹⁵ V. MÉNDEZ, “Sobre derechos humanos y democracia”, en VARIOS, *En el límite de los derechos*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1996, pp. 101-131.

¹⁶ T. H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998, caps. 2 y 3.



dian­te la técnica del derecho sub­je­ti­vo, que es justamen­te la técnica elegida para poner en prác­ti­ca los derechos fun­da­men­ta­les; de ma­ne­ra que los derechos libera­les, que expresan un es­ta­do de cosas más cerca­no a la rea­li­dad, se adaptan mejor a ella, y los derechos so­cia­les, peor. Veamos esto con algún de­ta­lle.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO IDEALES POLÍTICOS

Antes de pasar a ese de­ta­lle, merece la pena detenerse un mo­men­to en la fuente del mismo, que es la elección de la técnica del derecho sub­je­ti­vo como forma de rea­li­za­ción jurí­di­ca de los derechos fun­da­men­ta­les. Mi intención es cuestionar la muy extendida idea de que los derechos fun­da­men­ta­les son, por definición o necesariamen­te, una especie de los derechos sub­je­ti­vos¹⁷; y sugerir a cambio que la configuración de los derechos fun­da­men­ta­les como derechos sub­je­ti­vos es contingente. Este paréntesis retrasará el avance del argumento principal, pero lo hará más comprensible.

Los derechos fun­da­men­ta­les y los derechos sub­je­ti­vos responden a dos tradiciones distintas. Los primeros son de la estirpe de los objetivos o ideales políticos y los segundos están vinculados en su origen con la articulación de posiciones jurí­di­cas patrimoniales. La diferencia entre derechos fun­da­men­ta­les y derechos patrimoniales la ha formulado con claridad meridiana Luigi Ferrajoli y no hace falta reiterarla aquí¹⁸; pero esta diferencia no obstaría a que los derechos fun­da­men­ta­les fuesen derechos sub­je­ti­vos, aunque con otras características específicas distintas de las de los derechos patrimoniales, que es lo que Ferrajoli sostiene. Desde luego, también es un hecho histórico que los derechos fun­da­men­ta­les se han ido ajustando cada vez más a la horma del derecho sub­je­ti­vo. Ahora bien, que este ajuste haya tenido lugar no autoriza a pensar que se trate de la única configuración posible para los derechos fun­da­men­ta­les, ni tampoco de la mejor. El ejemplo del contraste entre la tradición constitucional francesa y la norteamericana puede ser muy ilustrativo de cómo la opción por la figura del derecho sub­je­ti­vo es sólo eso, una opción posible, es decir, que los derechos fun­da­men­ta­les, en tanto

¹⁷ Valgan las referencias a P. CRUZ VILLALÓN, "Derechos fundamentales", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. II, p. 2398; a G. ESCOBAR ROCA, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, CICODE, Madrid, 2005, pp. 30-31 y 94; y a L. FERRAJOLI, "Derechos fundamentales", cit., p. 37.

¹⁸ L. FERRAJOLI, "Derechos fundamentales", cit., pp. 45-50.

objetivos políticos, pueden configurarse como derechos subjetivos, pero no es necesario que sea así, y según los casos, tampoco es conveniente.

A la hora de dar sentido a la declaración de los derechos en la Francia y la Norteamérica de finales del siglo XVII, Habermas explica que en ambos casos se trataba de positivizar el derecho natural, pero que el sentido de “declarar” fue muy distinto en uno y otro lugar¹⁹. En Norteamérica, se trataba de “procurar a la materia jurídica heredada [de la tradición inglesa] otro fundamento de legitimación”, una materia que ya existía y que ya había encarnado en la estructura social, de manera que los redactores de las declaraciones de las colonias, o de la Declaración de Independencia, se limitaron a incluir en ellas, dice el filósofo alemán, “lugares comunes”. Con otras palabras, los estados de cosas expresados por los derechos declarados ya estaban vigentes en la tierra americana. En cambio, en Francia se trataba de convertir en práctica social lo que todavía era sólo filosofía moral y política. Por eso, “declarar” en Norteamérica significaba “refundar” un orden jurídico ya vigente, pero en Francia significaba “traducir” el orden moral natural (pensado) en orden jurídico positivo (practicado), que, por tanto, no era “refundado” sino “fundado” o “creado”, porque los estados de cosas expresados por los derechos declarados aún no estaban vigentes en la sociedad francesa. Esta diferencia fue ya percibida por Tocqueville, quien comienza su análisis de la sociedad norteamericana confesando que “ninguna cosa me sorprendió tanto como la igualdad de condiciones”. Después irá desgranando cuáles son esas condiciones igualitarias: las partes que los hijos reciben de las herencias de sus padres, las fortunas, la instrucción primaria y el conocimiento, el bienestar, el ejercicio de una profesión, los derechos políticos²⁰. En cambio, cuando se refiere a la Francia prerrevolucionaria, nota que la igualdad se estaba extendiendo, pero sólo entre “todos los hombres situados por encima del pueblo”, es decir, entre la burguesía y la nobleza²¹. Hay un matiz en el modo en que se refiere a una y otra igualdad social: mientras en América la describe como una situación consolidada, en Francia parece que se trata de un proceso más reciente y en desarrollo; pero, sobre todo, importa que en Francia la igualdad la predica sólo de un sector social minoritario, una restricción que parece no aplicar al caso norteamericano. Más allá de es-

¹⁹ J. HABERMAS, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 90-92.

²⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Alianza, Madrid, 2002, Primera parte (Introducción y Cap. III).

²¹ A. DE TOCQUEVILLE, *El antiguo régimen y la revolución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 122.

ta igualdad social, lo que Habermas destaca es que Norteamérica era ya una comunidad estructurada al modo liberal, en el sentido de que se habían generalizado las prácticas respetuosas con la libertad individual en aquellos ámbitos que solemos asociar con los derechos liberales (garantías procesales, libertad de expresión, prensa y religión, protección de la propiedad individual, etc.), cosa que todavía no podía afirmarse en Francia, donde, de nuevo son palabras de Tocqueville, los hombres situados por encima del pueblo “ya sólo se diferenciaban entre sí por los derechos”.

En consecuencia, podemos decir que la declaración de los derechos, en Norteamérica, tenía como fin evitar los abusos reiterados de la monarquía inglesa, reiterados pero extraños al orden establecido de las cosas sociales, cuando en Francia, sin embargo, los abusos reiterados y sistemáticos de la monarquía podían considerarse una de las causas principales de un estado de cosas sociales muy distinto del norteamericano. En síntesis: la revolución norteamericana no contaba entre sus fines con la reforma social, que era precisamente el fin central de la revolución francesa. Así se comprende por qué el modelo francés de derechos fundamentales tenía que ser un modelo estatista (por contraste con el carácter liberal del modelo norteamericano)²², dada la magnitud del proyecto revolucionario, que no era otro que la reconstrucción social sobre bases nuevas. La realización de un proyecto como éste no era concebible sin un poder público fuerte, y de ahí el estatismo, que calificaría los medios o instrumentos del modelo; en cambio, en lo que se refiere a sus fines u objetivos, el modelo podía calificarse como liberal, porque la comunidad imaginada no era tan distinta de la que imaginaban los revolucionarios norteamericanos. La diferencia, podemos decir, era que los norteamericanos creían verla ya realizada en buena parte y por eso los derechos podían concebirse allí como “garantía del *statu quo*”²³.

Todo esto tuvo una traducción directa en la manera de concebir los derechos. Si en Norteamérica pudieron pensarse como límites al estado, como derechos de protección frente al poder, y asignarse esa protección prioritariamente a los jueces, en Francia esto no hubiera tenido mucho sentido, porque, como ha escrito Dieter Grimm, “esta función hubiera sido contraria a la meta de la revolución, inmunizando precisamente contra la transformación

²² G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS ROIG, C. R. FERNÁNDEZ LIESA y Á. LLAMAS, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1995, pp. 146 ss; M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996.

²³ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2005, p. 55.



en sentido liberal al viejo orden jurídico considerado injusto”, así que los derechos se pensaron más bien como mandatos de acción pública y no como límites a la misma²⁴. Los derechos eran, en fin, un programa político más que otra cosa y, como tal, tenían “un significado de derecho objetivo”, de modo que su proclamación operaba como legitimación de la potestad legislativa, y así puede acabar afirmando Zagrebelsky que, en Francia, “la fuerza de la ley era lo mismo que la fuerza de los derechos”²⁵.

Lo que quiero poner de relieve es que los caminos tan distintos por los que siguió la declaración de los derechos en Francia y Norteamérica no eran tanto el producto de elecciones vinculadas con distintas filosofías políticas, no tanto el reflejo del contraste entre dos concepciones encontradas de los derechos (Locke contra Rousseau, por ejemplo), sino más bien opciones derivadas del distinto estado de las cosas sociales existente en uno y otro país. Los derechos fundamentales (o, como entonces se llamaban, los derechos naturales o derechos del hombre) expresaban ante todo un ideal de comunidad política, y este ideal no era en principio tan distinto en Francia o en Norteamérica. No quiero obviar evidentes diferencias de orientación, y de hecho es cierto que el modelo lockeano cuadra mejor con la situación norteamericana que con la francesa, y viceversa el modelo rousseauniano; pero ahora lo que interesa es dejar constancia de que tenían mucho en común. Otra cosa era que la realización de este ideal admitía la vía de los derechos subjetivos protegidos por jueces o la vía de las reformas legislativas impulsadas por legisladores, pero esta opción no era una opción libre, sino determinada por las condiciones sociales. Es más, siendo común el ideal, ni siquiera el catálogo de los derechos era el mismo, porque, como el propio Habermas ha señalado, en materia de declaración y aseguramiento de derechos el interés recae siempre sobre los derechos que permiten remediar abusos y carencias concretos²⁶. Esta podría ser una razón que explicase el porqué del reconocimiento de los derechos sociales en la Francia revolucionaria y su ausencia en el caso norteamericano, pero también, por la heterogeneidad de los abusos y carencias a remediar, el porqué del recurso a técnicas jurídicas y políticas distintas. Extraño sería pensar que la técnica del derecho subjetivo fuese siempre la mejor solución. Si se buscan ejem-

²⁴ D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, p. 159.

²⁵ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 52 y 53.

²⁶ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 470. Lo mismo hace notar, para el particular caso de la Declaración de 1789, un historiador de la revolución francesa: J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Flammarion, París, 1995, p. 27.

plos, he aquí dos: uno es el derecho de resistencia a la opresión, que figura en el artículo 2 de la Declaración de 1789. A menudo se lo ha despachado diciendo de él que “no puede ser un derecho”, queriéndose decir, y con razón, que “no puede ser un derecho subjetivo”; pero sin duda puede ser un objetivo político, expresado con el lenguaje de los derechos tan típico de aquella época y de la nuestra (y, si se quiere, tan inexacto), y como tal objetivo fue promovido durante el período jacobino de la revolución mediante normas que buscaban una ciudadanía más consciente de sus derechos, más participativa, más vigilante de su gobierno y, era de esperar, más resistente a la opresión. El segundo ejemplo es el del derecho a la educación, que sin duda fue una de las preocupaciones principales de los revolucionarios, también promovida mediante normas jurídicas que pretendían la puesta en marcha de un sistema educativo público abierto a toda la infancia, y no tanto mediante normas que, concediendo un derecho subjetivo, atribuyesen a los jueces la potestad de garantizar la educación de cada niño y niña; normas que sólo tendrían sentido, y sólo con alcance limitado, una vez que ese sistema educativo estuviese en marcha.

En definitiva, los derechos fundamentales no surgieron, al menos en la tradición continental europea, como derechos subjetivos, sino como objetivos políticos comunitarios, que pueden o no adoptar la forma de derechos subjetivos, en función del objetivo de que se trate y de las condiciones de la comunidad en la que se quieren promover. Su reducción exclusiva a derechos subjetivos tuvo lugar después y, por cierto, algún constitucionalista ha interpretado esta reducción como una maniobra defensiva de la clase social que ahora veía en los derechos fundamentales una amenaza a la hegemonía que había alcanzado tras las revoluciones liberales. Una reducción que consistió en olvidar el fin inicial, la igual libertad, y hacer pasar por fin lo que sólo era medio²⁷.

5. DE LOS IDEALES A LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Sea necesaria o sea contingente, la opción por la técnica del derecho subjetivo a la hora de promover cualquier ideal político supone la configuración jurídica del ideal bajo determinadas condiciones, que vienen requeridas por la técnica elegida. Voy a examinar cómo opera esta configuración para com-

²⁷ “El instrumento liberal de realización de los derechos fundamentales, la defensa contra el estado, fue segregado de su valor supremo, la libertad personal igual, y elevado a fin en sí mismo, pese a las consecuencias que comportaba para la libertad igual de todos...” (D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 104).



probar si, como he postulado, perjudica más a los derechos sociales que a los derechos liberales. Uno de los puntos de partida de este trabajo es precisamente que los derechos sociales pueden ser configurados como derechos subjetivos, y no reiteraré aquí los argumentos, a mi juicio convincentes, que se han ofrecido para demostrarlo. Además, es fácil poner ejemplos de derechos sociales articulados como derechos subjetivos en el seno de nuestros sistemas jurídicos, como es el caso del derecho a la educación o el derecho a la asistencia sanitaria. Lo que ahora interesa es determinar de qué modo procede esa configuración y qué consecuencias tiene. Es decir: los derechos sociales subjetivos pueden existir y existen, pero queremos saber bajo qué condiciones.

Con este fin, voy a recurrir al concepto de derecho subjetivo propuesto por Riccardo Guastini, que resulta conveniente para este propósito, por preciso y por estricto. Según el profesor italiano, un derecho subjetivo es: “una pretensión conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que se impone un deber (una obligación) correlativo”²⁸. De acuerdo con esta definición, los derechos pueden dividirse en derechos verdaderos y ficticios (o sobre el papel, *diritti di carta*). Los derechos verdaderos se caracterizan porque son susceptibles de tutela jurisdiccional, lo que a su vez requiere que el contenido del derecho (el comportamiento o prestación que puede exigirse) sea preciso y el sujeto frente al que se ejerce el derecho sea igualmente preciso. Los derechos ficticios son los que no reúnen alguna de estas dos condiciones, esto es, su contenido o el sujeto obligado no son precisos, de manera que no son susceptibles de tutela jurisdiccional²⁹.

El propio Guastini, por cierto, afirma taxativamente que los derechos sociales no pueden ser derechos subjetivos verdaderos, pero, si no estoy equivocado, lo que parece querer decir es que no lo pueden ser tal y como están configurados en las constituciones contemporáneas. Seguramente lleva razón, pero esto no ha de preocuparnos mucho porque: (1) “Tal y como están configurados en las constituciones contemporáneas”, ningún derecho

²⁸ R. GUASTINI, “Derechos”, en Id., *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 180.

²⁹ Decidir la cuestión de si un derecho subjetivo existe sólo cuando existen sus garantías o si, por el contrario, como sostiene Ferrajoli (L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales”, cit., p. 43), la inexistencia de garantías supone una laguna, pero no la inexistencia del derecho, no es aquí relevante. El argumento principal de este trabajo no depende de la opción por una u otra concepción de la existencia de un derecho subjetivo.

fundamental podría ser un derecho subjetivo, porque los mecanismos jurisdiccionales de tutela suelen requerir de normas de rango infraconstitucional que los instituyan y desarrollen (¿podría funcionar el recurso de amparo español sin la promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional? ¿podría funcionar el recurso preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales sin la promulgación de varias leyes procesales?)³⁰; pero también porque la Constitución no suele establecer el contenido preciso de los derechos fundamentales. La precisión del contenido puede tener lugar por vía legal o por vía jurisprudencial, pero esto tanto vale para un derecho liberal como para un derecho social³¹. Y además: (2) la configuración constitucional de un derecho es un asunto contingente, y nada impide que los derechos sociales sean configurados constitucionalmente con la misma precisión que los demás derechos. Que, de hecho, no sea así acredita sólo una opción del legislador constitucional y nada más.

Imaginemos entonces un legislador constitucional que quisiera atribuir un derecho social subjetivo a los ciudadanos. Pongamos por caso, una vez más, el derecho a la educación, aunque lo que sigue puede extrapolarse a otros derechos sociales. El legislador debería partir de una idea previa de la necesidad a satisfacer o del objetivo a cumplir, formulado en los términos de universalidad propios de los derechos fundamentales: quizá que todos los ciudadanos tengan acceso a la mejor educación posible, considerando que la educación es una necesidad básica de todos, que en una sociedad contemporánea no hay libertad posible sin cultura y formación y que, por tanto, un objetivo político de primer orden es que la educación que los ciudadanos reciban una educación de la mayor calidad posible. Algo así expresaba el in-

³⁰ “Es difícil, si no imposible, concebir cómo podría llevarse a cabo una fácil e inmediata protección del derecho de propiedad, del derecho de sufragio, del derecho a la vida, de la libertad de expresión o del derecho al honor sin la mediación de la legislación civil, la legislación electoral, la legislación penal y la legislación procesal” (L. L. HIERRO, “Los derechos económico-sociales...”, cit., p. 197).

³¹ Requejo afirma que “los derechos fundamentales lo son siempre de configuración legal, en la medida en que las condiciones de su ejercicio vienen impuestas por el legislador”, con la excepción de los derechos que se traducen en “la mera exigencia de pasividad por parte del poder público”, como la inviolabilidad del domicilio o la libertad de conciencia (J. L. REQUEJO PAGÉS, “Derechos de configuración legal”, en *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. II, p. 2385). Sin embargo, no alcanzo a comprender la razón de ser de esas excepciones. Prefero una afirmación más taxativa como la de Pisarello: “Todos los derechos fundamentales exigen concreciones legales” (G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., p. 84).

forme preliminar que precedía al proyecto de decreto de instrucción pública que Condorcet presentó ante la Asamblea Nacional francesa en 1792, todavía en tiempos de la monarquía constitucional, comenzando con palabras que siempre complace reproducir, y que bien podrían traducir la idea de un legislador constitucional ilustrado al respecto:

Señores: ofrecer a todos los individuos de la especie humana los medios de proveer a sus necesidades, de asegurar su bienestar, de conocer y ejercer sus derechos, de comprender y de cumplir sus deberes.

Asegurar a cada uno la facilidad de perfeccionar su industria, de capacitarse para las funciones sociales a que tiene derecho a ser llamado, de desarrollar toda la extensión de las aptitudes que ha recibido de la naturaleza, y establecer de este modo entre los ciudadanos una igualdad de hecho y dar realidad a la igualdad política reconocida por la ley.

Tal debe ser la primera finalidad de una instrucción nacional que, desde este punto de vista, constituye para el poder público un deber de justicia³².

Sin duda, esas “facilidades” que, según Condorcet, debe asegurar la educación son muy elevadas e imprecisas, como indeterminados son los términos “mayor calidad posible” o “máximo nivel posible”, y el legislador debería precisarlos si quiere configurar un derecho subjetivo tal como lo requiere la definición de Guastini. Suponiendo esa intención, hay medidas cuya adopción constitucional (o, por supuesto, legal) sería técnicamente sencilla y que ayudarían a la consecución del objetivo, aunque no fueran suficientes para ello. El legislador podría ordenar la escolarización obligatoria en centros públicos de todos los niños entre 6 y 12 años; parece obvio que la puesta en práctica de esta medida nos acercaría sin duda al objetivo, pero igualmente obvio que por sí sola no garantizaría que la educación recibida fuera de la mayor calidad posible, quizá porque los profesores de inglés o de matemáticas no tuvieran el nivel adecuado, un nivel que nada tiene que ver con la escolarización obligatoria. O el legislador podría, recurriendo a una técnica diferente de entre las que el derecho subjetivo admite, prohibir la percepción de precio por prestaciones educativas, evitando así que las diferencias patrimoniales de los padres se tradujesen en diferencias educativas de los hijos; pero, por supuesto, tampoco esta medida garantizaría por sí sola la calidad de la educación recibida, quizá porque no todas las escuelas

³² CONDORCET, *Informe y proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 41.



del país poseen las instalaciones adecuadas o porque los niños asisten a clase mal alimentados y no pueden sacar todo el provecho de las lecciones recibidas. Es fácil comprender que si el objetivo del legislador es el que hemos supuesto, habrá de embarcarse en una empresa muy compleja que requerirá un conjunto de medidas igualmente complejo. Desde luego, muchas de estas medidas pueden adoptar la forma de derechos subjetivos, porque esta técnica jurídica ofrece múltiples posibilidades que no hace falta detallar ahora³³. Sin embargo, esta técnica es limitada: no todo lo que puede ser hecho en favor de un ideal lo puede ser mediante la atribución de derechos subjetivos a los ciudadanos. Veamos por qué.

De acuerdo con el concepto que hemos asumido, un derecho subjetivo requiere tutela jurisdiccional³⁴. Por eso, la obligación correlativa ha de estar definida con precisión, para que el juez pueda determinar si se ha incumplido y para que pueda ordenar su ejecución. Pero resulta que sólo contenidos mínimos pueden estar definidos con precisión porque el contenido máximo de un ideal: (a) tiene una naturaleza aspiracional que no admite definición precisa³⁵; (b) “se mueve sin cesar hacia adelante”³⁶; y (c) es constante objeto de la discusión política y, por ende, no es una cuestión jurídica en sentido estricto³⁷. Podemos exigir, por la vía del derecho subjetivo, que la policía no torture a los detenidos, una vez que hemos definido “tortura”, pero no podemos exigir que la policía trate a los detenidos “de la mejor manera posible”, que, en realidad, es lo que querríamos. Podemos exigir, por esta vía, que los profesores de matemáticas sean licenciados en

³³ Véase V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., cap. 3, sobre lo que puede hacerse por la vía del derecho subjetivo en favor de los derechos sociales; o también C. BERNAL PULIDO, “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales”, *Discusiones*, núm. 4, 2004, p. 133.

³⁴ Insisto: la requiere sea para existir, sea para ser eficaz. Guastini diría que el derecho no tutelable jurisdiccionalmente no es un derecho; Ferrajoli diría que ese derecho carece de garantías secundarias (y, por tanto, será probablemente ineficaz porque las violaciones de las garantías primarias no podrán ser remediadas).

³⁵ Véase L. L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1969, cap. I, sobre la idea de lo aspiracional aplicada a los ideales morales. Campbell predica esta calidad aspiracional del derecho al trabajo, como Marshall lo hace de otros derechos sociales (T. CAMPBELL, *The Left and the Rights*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1983, p. 177).

³⁶ T. H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, cit. p. 61.

³⁷ F. ATRIA, “Derecho y política a propósito de los derechos sociales”, *Discusiones*, núm. 4, 2004, p. 151.

matemáticas, pero no que sean buenos profesores de matemáticas. Podemos exigir que los ciudadanos puedan elegir a sus representantes, pero no que los ciudadanos participen en la vida política en la mejor medida posible. Siendo así, la configuración de un ideal como un derecho subjetivo supone siempre su restricción.

Ahora bien, ¿por qué es así? ¿Por qué no podemos esperar de los jueces la satisfacción de los ideales en toda su extensión? ¿Por qué la determinación precisa de su alcance no es una cuestión jurídica en sentido estricto? La respuesta ha de residir lógicamente en la naturaleza de la función jurisdiccional, sobre la que hay que decir algunas pocas palabras. Esta función puede entenderse ante todo como una función reparadora o de reajuste, que realiza la que Aristóteles llamó justicia correctiva (como distinta de la justicia distributiva, propia de las leyes, y de la justicia conmutativa, propia de los negocios jurídicos)³⁸. La premisa para el ejercicio de esta función es la existencia de una relación entre personas considerada justa o correcta de acuerdo con el sistema normativo de referencia. Cuando esta relación se altera (cuando se incumple un contrato o cuando se causa un daño extracontractual o cuando se comete un delito o cuando no se presta un servicio público a un ciudadano), la justicia o corrección normativa exige la vuelta a los términos iniciales de la relación o, si no es posible, a términos equivalentes. El juez debe identificar, primero, la existencia de la relación previa y su conformidad con el orden normativo y, segundo, la ruptura de los términos de dicha relación para, tercero, determinar la medida correctora oportuna. En este sentido, podemos decir que la función judicial es esencialmente conservadora y podemos entender por qué Montesquieu calificó al poder judicial como un poder nulo³⁹. Es conservadora porque trata de conservar un orden de cosas preexistente⁴⁰; es un poder nulo porque ese orden de cosas no ha si-

³⁸ ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, Gredos, Madrid, 1985, Libro V, sección 4 (1131b25), p. 245.

³⁹ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Libro IX, capítulo 6. Una revisión de esta idea se encuentra en F. ATRIA, "Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 5, 2004, pp. 119-141.

⁴⁰ "En general, se puede decir que el Estado jurisdiccional (...) es el medio apropiado para la conservación del *status quo* social y de los derechos adquiridos, conforme a la frecuente tendencia conservadora identificada en toda la jurisprudencia. (...) El Estado gubernativo como el Estado administrativo son los más apropiados como instrumentos de cambio radicales, ya sean revolucionarios, ya reaccionarios, ya para plasmaciones completas, planificadas y calculadas de amplias miras" (C. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, Comares, Granada, 2006, p. 6).



do determinado judicialmente sino con carácter previo por las normas generales de la comunidad. Por eso, cuando asociamos el derecho subjetivo con la tutela judicial, es lógico exigir, como hace Guastini, que tanto la persona obligada como la prestación debida (sea positiva o negativa) estén bien determinadas, de manera que el juez no tenga que determinar una ni otra, sino sólo que se ha producido el desarreglo o desajuste correspondiente, que es el hecho operativo de la reclamación judicial del derecho subjetivo. En cambio, “un derecho al óptimo (...) necesariamente envuelve cierta contradicción: su contenido no consiste en un estado de cosas determinable de antemano y por tanto cuantificable previamente (...) La pretensión a algo semejante no es un derecho subjetivo”⁴¹. En efecto, un derecho al óptimo (a la consecución plena del ideal) requeriría del juez determinar el contenido y titularidad de las obligaciones correlativas, pero acabamos de observar que esta determinación no es jurisdicción sino política y, por tanto, excede de las atribuciones judiciales, porque hemos supuesto que uno de los rasgos de lo jurisdiccional es la existencia previa de una relación o situación considerada correcta. Si exigiésemos a los jueces la satisfacción plena de ideales les obligaríamos a llevar a cabo una acción de determinación de lo correcto que ya no puede ser llamada jurídica sino política y, de esta manera, borraríamos la distinción entre derecho y política.

Así podemos entender también por qué el mecanismo judicial de resolución de conflictos funciona mejor cuando los conflictos son puntuales e individuales que cuando son globales y colectivos (y esto tiene particular aplicación al caso de los derechos sociales⁴²). Así lo muestra la insatisfacción que produce la resolución judicial de problemas que no responden al esquema propuesto en el párrafo anterior, bien porque tienen un alcance global o colectivo, bien porque se busca la instauración de un estado de cosas todavía socialmente inexistente (que viene a ser lo mismo). Sea cuando uno pretende garantizar su derecho al silencio y al descanso enfrentándose a un número indeterminado de vecinos, establecimientos y vehículos ruidosos; sea cuando se aspira a que sean los jueces los que acaben con la delincuencia generalizada contra la propiedad; sea cuando los problemas familiares tratan

⁴¹ C. PARDO, “Reivindicación del concepto de derecho subjetivo”, en R. ALEX Y otros, *Derechos sociales y ponderación*, cit., p. 388.

⁴² C. COURTIS, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 185-209.

de solventarse ante un tribunal o cuando se espera que sea un tribunal el que garantice “el interés del menor” que vive en un entorno adverso; sea cuando el tráfico de drogas se convierte en un problema jurisdiccional. Los ejemplos son muchos, y tantos más cuanto más se confía ingenuamente en la capacidad de la función judicial para resolver todo tipo de problemas.

6. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS MÍNIMOS

Por las mismas razones que vengo exponiendo, la tutela judicial de los derechos fundamentales sólo es posible de manera efectiva cuando el interés que protegen está socialmente asentado en tanto forma parte del orden existente⁴³. En este caso, a la violación de un derecho fundamental puede seguir una reclamación precisa que consiste en la pretensión de reparación de aquel aspecto del orden existente que ha sido alterado. El juez sabe con precisión qué es lo que ha de hacer, y puede hacerlo. Por el contrario, cuando los derechos fundamentales protegen intereses no asentados socialmente, cuando expresan estados de cosas deseables pero inexistentes, cuando expresan criterios de reordenación social, los mecanismos judiciales pierden operatividad, porque la pretensión no está definida, o no lo está el modo en que puede ser satisfecha, o no lo está el sujeto obligado a satisfacerla, y esto no es extraño, porque remediar el problema significa alterar significativamente lo real, y lo real es complejo⁴⁴. Este es el caso de los derechos sociales, cuya pretensión, para que los jueces puedan identificarla y satisfacerla, ha de ser restringida en un grado mucho mayor que en el caso de los demás derechos fundamentales.

De aquí, por tanto, no se sigue que un derecho social no pueda configurarse como un derecho subjetivo, que sí que puede. Lo que se sigue es que esos objetivos políticos que son los derechos sociales no pueden garantizarse sólo con la técnica del derecho subjetivo y que la configuración de un derecho social como un derecho subjetivo exige necesariamente su restricción:

⁴³ U. PREUSS, “El concepto de los derechos y el estado del bienestar”, en E. OLIVAS (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, p. 82.

⁴⁴ Véase L. PRIETO, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Id., *Ley, principios, derechos*, Universidad Carlos III y Dykinson, Madrid, 1998, p. 107; o F. LAPORTA, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en VARIOS, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 315-318, sobre la dificultad judicial para lidiar con ciertos tipos de pretensiones vinculadas con los derechos sociales.

un derecho social subjetivo será siempre un derecho social mínimo, es decir, un derecho a un cierto conjunto definido de prestaciones (o de abstenciones) que por sí solas no pueden garantizar plenamente el objetivo deseado, sino sólo en alguna medida menor. Así lo expresó Marshall:

Los subsidios que adoptan la forma de servicios presentan, además, la característica de que los derechos del ciudadano no pueden definirse con precisión, porque el elemento cualitativo es inabarcable. Se puede garantizar un pequeño cuerpo de derechos ejecutables, pero lo vital para el ciudadano es la superestructura de las aspiraciones legítimas⁴⁵.

En realidad, esto vale para todos los derechos fundamentales, si, como hemos asumido, los concebimos como objetivos políticos. Hemos visto ya en secciones anteriores que los derechos sociales han de ser mínimos por una razón específica, a saber, por su carácter subsidiario respecto de los mecanismos de asignación del mercado. Ahora vemos que hay una segunda razón, independiente de la anterior porque vale también aun cuando los bienes vinculados con los derechos sociales hayan quedado desmercantilizados, y que puede extenderse a todos los demás derechos fundamentales, que, en tanto derechos subjetivos, son también derechos mínimos. Nos hemos acostumbrado a atribuir a los derechos liberales exactamente el contenido que presentan como derechos subjetivos, pero hemos de tomar conciencia de que ese contenido es siempre el resultado de la restricción de un ideal, necesaria para que pueda convertirse en derecho subjetivo⁴⁶.

⁴⁵ T. H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, cit., p. 61.

⁴⁶ Fernando Atria, por el contrario, sostiene que aquí radica la diferencia fundamental entre los derechos liberales y los derechos sociales, porque los primeros pueden ser plenamente configurados como derechos subjetivos, dado que "la especificación completa del contenido del aspecto *activo* de estos derechos *es al mismo tiempo* una especificación completa del contenido de su aspecto *pasivo* (...). Pero los derechos sociales son radicalmente diversos en este sentido. La especificación de su aspecto activo no constituye una especificación completa de su aspecto pasivo. Ella no incluye información ni sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de la obligación" (F. ATRIA, "¿Existen derechos sociales?", *Discusiones*, núm. 4, 2004, pp. 19-20; y "Derecho y política a propósito de los derechos sociales", cit., pp. 150ss.). De manera que parece que los derechos sociales expresan ideales comunitarios mientras que los derechos liberales expresan posiciones deónticas individuales. Yo diría, en cambio, que los derechos liberales también expresan ideales comunitarios, y que es sólo la concepción liberal de estos derechos la que permite esa plena especificación del contenido de su aspecto pasivo. En la tesis de Atria observo, más bien, una diferencia entre una concepción liberal y una no liberal de los derechos fundamentales, aplicable tanto a los derechos liberales como a los sociales.

Otra cosa es que el ideal de los derechos liberales, debido a las condiciones sociales realmente existentes, se resienta menos de esa restricción que el ideal de los derechos sociales, pero nunca hasta el punto de poder identificar el ideal con su configuración como derecho subjetivo. De hecho, el ideal y el derecho subjetivo pueden llegar a confundirse en la mente de los titulares de este último bajo determinadas condiciones, las condiciones en las cuales uno cree que el solo disfrute del derecho le basta para ver satisfecho el ideal. Esto sucede cuando uno da por descontadas las demás condiciones sociales requeridas por el ideal, quizá porque las considera naturales o porque las ha disfrutado durante más tiempo. No hay más que ponerse en el lugar de otro titular del mismo derecho cuya posición social no le permita disfrutar de esas mismas condiciones para entender que el derecho no es suficiente. En general, este es el caso de los derechos de libertad negativa. El ideal al que sirven es el de la libertad positiva, o libertad como capacidad para la autonomía⁴⁷. Pero los solos derechos subjetivos de libertad negativa no pueden garantizar la consecución del ideal en una medida aceptable. Precisamente por esto fueron censuradas en su día como libertades “formales”, como libertades que sólo podían aprovechar a los que ya gozaban de las demás condiciones de la libertad positiva. A esto alude Tocqueville en el pasaje ya citado cuando dice que, en la Francia prerrevolucionaria, todos los que se situaban por encima del pueblo ya sólo se diferenciaban por los derechos; en cambio, los que formaban parte del “pueblo” no se diferenciaban sólo por los derechos (de libertad negativa), luego la sola atribución de los derechos podía parecer suficiente sólo a los que se situaban por encima, pero no al “pueblo”, que podía distinguir muy bien entre el ideal (la libertad positiva, la vida libre, la buena vida) y los derechos subjetivos concedidos, de todo punto insuficientes.

⁴⁷ Un ejemplo típico es el de la libertad de expresión, cuyas justificaciones más sólidas pasan siempre por la libertad positiva (cf. I. KANT, *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 46; T. JEFFERSON, “Letter to Edward Carrington”, en Id., *Writings*, The Library of America, Nueva York, 1984, p. 880; J. S. MILL, *On Liberty*, Bobs-Merrill, Indianapolis, 1956, pp. 21 o 42; O. FISS, *Libertad de expresión y estructura social*, Fontamara, México, 1987, pp. 21 ss.). Su concepción como sola libertad negativa es, por tanto, “insostenible” si se quiere garantizar su “funcionalidad teleológica objetiva” (M. SAAVEDRA, *La libertad de expresión en el estado de derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 69 y 58-59; véase también, con el mismo sentido, F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1994, pp. 443-447). A partir de aquí es fácil entender por qué la libertad de expresión, cuya condición social actual presenta tantas carencias y obstáculos, se comporta como un derecho social o, mejor, “es” un derecho social.



Ha de quedar claro que el hecho de que un derecho subjetivo sea siempre el derecho a un mínimo no significa que este mínimo garantizado sea muy bajo. Lo que supone nuestro argumento es precisamente que este mínimo varía mucho de unos a otros derechos, pero no que sea en ningún caso despreciable, ni siquiera en el caso de los derechos sociales. De hecho, en algunos casos el mínimo garantizado por los derechos sociales subjetivos puede ser muy alto, hasta el punto de que la diferencia entre el mínimo asegurado y el ideal máximo se reduce tanto que “decir *mínimo* ya no resulta adecuado”⁴⁸. Marshall observa esto en relación con la prestación de servicios sanitarios en la Inglaterra de mediados del siglo XX, y no cabe duda de una observación similar es posible en relación con otros derechos sociales y otros países. Podemos estar satisfechos de que así sea, porque eso significará que el ideal ha sido realizado en un grado muy alto. Pero, desde un punto de vista conceptual, importa retener que el derecho subjetivo siempre es mínimo por contraste con el ideal, nunca puede llegar a coincidir con él y es siempre menor que él, y peor. Además, desde un punto de vista político, la expresión máxima de un derecho fundamental juega un papel imprescindible en la visión que tenemos de nosotros mismos como comunidad, de lo que queremos llegar a ser, de nuestra idea de lo justo o legítimo. Aspirar al máximo no es una actitud ingenua, sino típicamente humana, si admitimos con Marshall que “lo vital para el ciudadano es la superestructura de las aspiraciones legítimas” y no meramente el disfrute de un “pequeño cuerpo de derechos ejecutables”. En efecto, ningún ensamblaje de derechos subjetivos (mínimos) es capaz de dar cuenta del sentido de una comunidad política ni del sentido de sus aspiraciones y, por eso, ningún criterio de legitimidad política aceptable puede traducirse sólo en derechos subjetivos⁴⁹.

7. VALOR Y PRECIO DE LOS DERECHOS SOCIALES SUBJETIVOS

En definitiva, el precio que hay que pagar por la configuración de los ideales políticos como derechos subjetivos es el de su minimización, un pre-

⁴⁸ T. H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, cit., p. 60. El párrafo sigue así: “al menos en la intención, [la prestación de servicios sanitarios] se quiere aproximar tanto a un máximo razonable que los elementos extraordinarios que los ricos pueden costearse son poco más que ornamentos y lujos. La norma del bienestar social no es la compra del servicio, sino la provisión del mismo”.

⁴⁹ Una idea equivalente puede encontrarse en G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 94-95.

cio que es mayor en el caso de los derechos sociales que en el caso de los derechos liberales, porque han de minimizarse en mayor medida. ¿Es muy alto este precio? Dependerá de lo que obtengamos a cambio, teniendo en cuenta que eso que obtengamos ha de ser de la misma calidad para los derechos liberales y para los derechos sociales, aunque lo obtendremos en distinta cantidad.

Lo que obtenemos a cambio es lo que las normas de un sistema jurídico están en condiciones de proporcionar, sobre todo si confieren derechos subjetivos: seguridad jurídica. Ser titular de un derecho subjetivo significa estar en una posición normativa privilegiada, porque la pretensión en que consiste ha de ser satisfecha con independencia o prioridad frente a otras consideraciones, que, si fueran tenidas en cuenta, podrían llevar a la conclusión de que la pretensión no ha de ser satisfecha. La idea de Dworkin de los derechos como “cartas de triunfo” trata de captar esa posición especial del titular del derecho, que zanja la discusión sobre lo que es más conveniente o justo arrojando su carta privilegiada, con la que obtiene el derecho a ganar⁵⁰. Atria ha usado la expresión “recorte” para referirse a esto mismo: la titularidad de un derecho supone recortar o anteponer cierta pretensión, que se prioriza frente a otras, que dejan de ser consideradas⁵¹. Esta prioridad de los derechos puede tener una dimensión moral o axiológica, si de lo que se trata es de acreditar la mayor legitimidad de una pretensión respecto de otras, y esta dimensión es la que explica la prioridad de los derechos fundamentales respecto de otras consideraciones. Más allá de eso, la prioridad de los derechos tiene una dimensión técnica que es la que quiero destacar ahora, y que atañe a todos los derechos subjetivos en general y no sólo a los fundamentales. La selección de las consideraciones atendibles que todo derecho supone tiene sentido para que el sistema jurídico pueda funcionar como sistema de seguridad. La seguridad jurídica requiere que podamos predecir cómo reaccionará un juez ante nuestras pretensiones, y esto sólo es posible si el juez puede dejar de lado ciertas consideraciones, haciendo abstracción de ellas. Por el contrario, si un juez hubiera de tener en cuenta todas las consideraciones posibles, todas las circunstancias que rodean un caso, es evidente que la decisión adoptada sería altamente impredecible y difícilmente podría ser calificada como un acto de aplicación concreta de

⁵⁰ R. DWORKIN, “Rights as Trumps”, en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 153.

⁵¹ F. ATRIA, “¿Existen derechos sociales?”, cit., p. 24.



una norma general⁵². Es decir, el derecho como sistema normativo exige la reducción de la complejidad mediante la desconsideración de una buena parte de la misma, pero esta desconsideración, que puede ser lamentable, es el precio a pagar por la seguridad jurídica de nuestras expectativas, un resultado que puede no ser desdeñable, dependiendo, claro está, de cuáles sean esas expectativas.

Por supuesto, y ciñéndonos de nuevo a los derechos fundamentales, la configuración de un derecho fundamental como derecho subjetivo no ha de ser incompatible con otras medidas de protección jurídica del mismo, a las que la dogmática constitucional suele denominar genéricamente como dimensión objetiva de los derechos⁵³. Uno podría, por tanto, asentir en que los derechos sociales se minimizan en mayor medida que los demás derechos fundamentales cuando se convierten en derechos subjetivos y, aún así, no ver mayor problema en ello, porque el legislador todavía dispone de otras herramientas para promoverlos. De este modo, unos derechos (los liberales) se realizarían en mayor medida por la vía del derecho subjetivo, otros (los sociales) se servirían preferentemente de otras vías, y todos juntos avanzarían armónicamente sin especial perjuicio para los derechos sociales. Sin embargo, esta forma de ver las cosas no tiene en cuenta el orden de prioridades que deriva de la estipulación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos. Recordemos la creencia extendida, y puesta en práctica por los sistemas constitucionales contemporáneos, de que los objetivos supremos de una comunidad política han de ser configurados como derechos subjetivos (fundamentales). Lo que queda cubierto por el derecho subjetivo fundamental es lo que es priorizado mediante la atribución del máximo grado de jerarquía y protección jurídica. Lo que queda fuera del derecho subjetivo fundamental, aunque sea fundamental, no es priorizado sino relegado a un ámbito de rango inferior incluso al de los derechos subjetivos ordinarios, luego deja de ser jurídicamente fundamental⁵⁴.

⁵² La abstracción de cierto número de desigualdades es, en realidad, un requisito de la formulación de cualquier norma general y, a fortiori, de su aplicación. Véase por ejemplo F. SCHAUER, *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004, cap. II.

⁵³ Véase por ejemplo G. ESCOBAR ROCA *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, cit, pp. 45 ss.

⁵⁴ No me refiero aquí a principios de organización política, que, sin atribuir derechos subjetivos, pueden constituir normas del máximo nivel jerárquico.

Cuando se procede de acuerdo con esta lógica, el resultado es un sistema jurídico-constitucional como el nuestro, en el que los derechos sociales quedan *ipso facto* perjudicados. En el mejor de los casos, se admite su carácter fundamental (como es el caso del derecho a la educación), pero su contenido es minimizado hasta un nivel muy modesto, en buena parte por razón de la necesaria subjetivación (en el resto, por razón de su subsidiariedad respecto del mercado). En el peor, se les niega el estatuto de derechos fundamentales y son relegados a un discreto segundo plano, pasando a ser sólo “principios rectores de la política social y económica”, dotados de un nivel jerárquico y una protección jurídica mucho menores. En este nivel pueden lucir su mejor aspecto sustancial, sin minoración alguna de su contenido, pero una vez que han sido drásticamente despojados de su eficacia jurídica. De este modo, el proceso de conversión de los derechos fundamentales en derechos subjetivos supone un perjuicio notable para los derechos sociales que, en cambio, no sufren en igual medida los derechos liberales, porque el valor de lo subjetivable es mucho mayor.

Por tanto, y recapitulando, recurrir a la técnica del derecho subjetivo significa obtener la ventaja de la seguridad jurídica de la expectativa a cambio de pagar el precio del recorte o restricción de la expectativa. Que merezca la pena pagar el precio dependerá de cuán alto sea, y debe haber quedado ya claro que no siempre es el mismo, porque la restricción de la expectativa no tiene siempre el mismo alcance. En el caso de los derechos fundamentales, no cabe duda que su configuración como derechos subjetivos ofrece a los ciudadanos altos niveles de seguridad, pero les exige renunciar a sus expectativas en mayor o menor grado según se trate de derechos liberales o de derechos sociales, porque la renuncia está en función de lo que pueda asegurarse mediante el derecho subjetivo, y ello depende del estado de las cosas, como he tratado de justificar a lo largo de este trabajo. Como los derechos liberales expresan estados de cosas cuyo estado de realización social es mucho más elevado, la expectativa asegurada por el derecho subjetivo es mucho más alta. Como los derechos sociales expresan estados de cosas cuyo estado de realización es mucho menor, la expectativa asegurada por el derecho subjetivo es mucho más baja, y la renuncia, mucho mayor.

¿Merece la pena pagar el precio? Ya he dicho que depende del grado de restricción de las expectativas en que consisten los derechos sociales. A mi juicio, ese grado es muy alto y, por tanto, el precio también. La razón es muy sencilla: el conjunto de los derechos fundamentales expresa el ideal de una



comunidad de hombres y mujeres igualmente libres, y esta comunidad no se puede alcanzar con unos derechos sociales mínimos como los que nos garantizan los sistemas constitucionales liberales, que pueden aliviar la pobreza pero no la desigualdad⁵⁵. Esa desigualdad atañe precisamente al grado de libertad de que disfrutamos unos y otros, y una comunidad es injusta cuando ese grado es desigual. En una palabra: los derechos fundamentales subjetivos nos aseguran ciertos niveles de justicia pero parece ser que al precio de renunciar al ideal de una sociedad plenamente justa. Desde luego, es un precio alto; no sé si, además, es un precio excesivo.

8. RECAPITULACIÓN

(1) En el seno de la teoría de los derechos fundamentales, la categoría de los derechos sociales sigue siendo útil. Es cierto que el conjunto de los derechos fundamentales es un instrumento al servicio de un ideal único, el de una comunidad de hombres y mujeres plenamente libres y que, en este sentido, los derechos fundamentales son indivisibles. También es cierto, sin embargo, que ese ideal de la plena libertad requiere condiciones sociales muy diversas. Algunas de ellas han sido alcanzadas en un grado mucho mayor que otras, y tomar conciencia de ello es importante porque nos permite comprender que nuestras comunidades no avanzan homogéneamente hacia el ideal que los derechos representan. Los derechos sociales son precisamente los derechos que se han realizado en menor medida, los que por tanto contienen una carga ideal mucho mayor en tanto que no realizada. En este sentido, hay una diferencia sociológica entre los derechos sociales y los demás derechos fundamentales: su distinto grado de realización social.

(2) Por otra parte, es cierto que todos los derechos fundamentales pueden ser articulados jurídicamente como derechos subjetivos, y que no existen diferencias estructurales o funcionales entre unos y otros derechos, con lo que gran parte de las razones aducidas contra los derechos sociales, que derivan de la creencia en diferencias inexistentes, no son razones válidas. No obstante, la técnica del derecho subjetivo, que es la que se ha elegido como forma principal de realización jurídica de los derechos fundamentales, no sirve con igual eficacia cualesquiera objetivos comunitarios. Con carácter general, cuando más asentado socialmente está un objetivo, mejor es servi-

⁵⁵ F. ATRIA, “¿Existen derechos sociales?”, cit., pp. 31-32.



do mediante la atribución de derechos subjetivos. Por eso, la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos, aunque posible, no resulta tan satisfactoria como la de los derechos liberales. Todo derecho fundamental resulta minimizado cuando se configura como derecho subjetivo, pero esta minimización afecta en mayor medida a los derechos sociales. Por tanto, hay una diferencia jurídica entre derechos sociales y derechos liberales: la peor adaptación de los primeros a la figura del derecho subjetivo.

(3) Hay otra razón adicional que explica el carácter especialmente mínimo de los derechos sociales. Los bienes vinculados con los derechos liberales se han desmercantilizado y se distribuyen sólo mediante el régimen de ciudadanía, en cuotas iguales para todos. En cambio, los bienes vinculados con los derechos sociales no se han desmercantilizado, de manera que se distribuyen también mediante el régimen de mercado. Esto supone que los derechos sociales son mínimos en el sentido de que uno puede obtener mayores cuotas de los bienes vinculados mediante su compra en el mercado, y en función de su capacidad económica. La opción por la desmercantilización de unos bienes y no de otros, incoherente a mi juicio con la idea misma de los derechos fundamentales, es en todo caso una opción política. Por tanto, hay una diferencia política entre los derechos sociales y los derechos liberales: se ha decidido que los primeros sean mínimos y los segundos no.

(4) Tomar en consideración estas diferencias debería llevarnos a reflexionar sobre algunos rasgos de la positivación jurídica de los derechos fundamentales. Se ha optado por configurarlos como derechos subjetivos, pero esta configuración perjudica a unos derechos más que a otros. Se ha optado por ubicar a los derechos fundamentales subjetivos en el lugar más alto de los sistemas jurídicos, pero esta ubicación perjudica la causa de los derechos que peor resisten su conversión en derechos subjetivos. Se ha optado por extender a la protección de los derechos fundamentales subjetivos las técnicas de protección típicas del derecho privado patrimonial, pero estas técnicas no son las más apropiadas para proteger los derechos sociales. Habría que pensar si hay razones para dar prioridad jurídica, y por tanto social, a los objetivos comunitarios que pueden revestir la forma de derecho subjetivo. Porque la prioridad de los derechos subjetivos no parece favorecer una concepción comunitaria de lo social como la que expresan los derechos fundamentales en su mejor versión. Acaso haya otras técnicas de acción jurídica que, garantizando igualmente el imperio del derecho, sirvan mejor a ciertos objetivos exigidos por la idea de los derechos fundamentales.

(5) En definitiva, la noción de los derechos sociales es una noción exigente que obliga a cuestionar algunos de los rasgos de las teorías de los derechos fundamentales y algunos de sus arreglos jurídicos más relevantes. Es una noción que nos permite comprender la fuerza axiológica del conjunto de los derechos fundamentales y ver la distancia que nos separa de la consecución del modelo de comunidad política que representan. Sin una idea esclarecida de los derechos sociales es fácil que la idea de derechos fundamentales se convierta en pieza principal de la cobertura ideológica de las comunidades políticas contemporáneas, ayudando a velar sus altos niveles de injusticia, y pierda toda la fuerza que tuvo y que puede seguir teniendo como ideal emancipador.

RICARDO GARCÍA MANRIQUE

*Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona
Av. Diagonal, 684
08034 Barcelona
e-mail: garcia.manrique@ub.edu*

